

Publicato il 29/04/2019

N. 05358/2019 REG.PROV.COLL.
N. 11089/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11089 del 2018, proposto da Radiotaxi 3570 società cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gian Michele Roberti, Guido Bellitti e Leopoldo Facciotti, elettivamente domiciliata in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo studio dell'avv. Gian Michele Roberti;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Mytaxi Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Auricchio, Elisabetta Grassi e Filippo Pacciani, elettivamente domiciliata in Roma, via di San Nicola da Tolentino 67, presso lo studio dell'avv. Vito Maria Auricchio;

Cooperativa Prontotaxi 6645 - Società Cooperativa, non costituito in giudizio;
Società Cooperativa Samarcanda a R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Vertucci, presso lo studio della quale, in Roma, piazza San Saturnino n. 5, è elettivamente

domiciliato;

Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 27244 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 27 giugno 2018, adottato a conclusione del procedimento I801A
- Servizio di prenotazione del trasporto mediante taxi - Roma, notificato via pec in data 9 luglio 2018 (n. prot. 0052469);
- del provvedimento del 7 giugno 2017 (n. prot. 0049128), notificato via pec in data 15 giugno 2017, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha rigettato la proposta di impegni presentata da Radiotaxi 3570 nell'ambito del medesimo procedimento I801A;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto, e con riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Mytaxi Italia S.r.l. e di Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Radiotaxi 3570, odierna ricorrente, è una società cooperativa attiva nel campo della gestione di radiotaxi nella città di Roma.

Con il ricorso in epigrafe contesta la legittimità della determinazione con la quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, anche "Agcm" o l'"Autorità"), a conclusione del procedimento iniziato il 18 gennaio

2017, ha ritenuto che ricorrente, la società cooperativa Pronto Taxi 6645 e la società cooperativa Samarcanda, anche esse operanti nel comune di Roma, fossero responsabili di una rete di intese restrittive della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE.

In particolare, a giudizio dell'Autorità, le clausole di esclusiva contenute negli statuti delle tre società denunciate avrebbero un effetto restrittivo della concorrenza, tale da rendere impossibile alla denunciante Mytaxi di *“disporre di una quota di capacità sufficiente ad operare in modo competitivo sul mercato rilevante”*.

L'Autorità ritiene, pertanto, che le clausole di non concorrenza, contenute negli atti che disciplinano i rapporti tra i radiotaxi e i tassisti aderenti, nella misura in cui vincolano ciascun tassista a destinare tutta la propria capacità, in termini di corse, ad una singola piattaforma chiusa, siano restrittive per la concorrenza in violazione dell'art. 101, comma 1, del TFUE *“in quanto idonee a determinare un consistente e duraturo effetto cumulativo di blocco nel mercato della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi a Roma, ostacolando la concorrenza effettiva e potenziale, lo sviluppo di assetti di mercato più efficienti e concorrenziali, e riducendo la concorrenza tra piattaforme chiuse e aperte, a danno dei tassisti e dei consumatori finali”* (paragrafo 287).

La fattispecie sanzionata è stata ascritta dall'Autorità alle intese *“per effetto”* e non a quelle per *“oggetto”* (cfr. par. 215).

I comportamenti anticoncorrenziali esaminati sono stati giudicati tali da dare luogo a intese *“non gravi”* alla luce della natura delle condotte, del contesto nel quale le stesse sono state poste in essere e hanno spiegato i loro effetti, nonché alla luce delle argomentazioni difensive di ciascuna parte.

Il provvedimento, di conseguenza, non ha irrogato una sanzione pecuniaria, ma ha ingiunto alle società coinvolte di adottare, entro centoventi giorni dalla notifica del provvedimento, *“misure idonee ad eliminare l'infrazione”*, astenendosi *“in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata”*.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I PRIMO MOTIVO SUL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.P.R. 217/98, VIOLAZIONE PRINCIPIO PARITÀ DELLE ARMI NONCHÉ DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO, VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 CEDU, DIFETTO ISTRUTTORIA, ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ

L'Autorità avrebbe violato, in più modi, le garanzie partecipative previste a tutela della ricorrente, differendo l'accesso della stessa al fascicolo istruttorio e omettendo di indagare su profili da essa segnalati e riguardanti la denunciante.

Sempre in violazione delle norme procedurali disciplinanti l'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità avrebbe posto in essere alcune attività in composizione non plenaria.

II. SECONDO MOTIVO SULLA DEFINIZIONE DI MERCATO RILEVANTE: ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ E ILLOGICITÀ

L'Autorità avrebbe errato nel definire il mercato rilevante e da un punto di vista merceologico e da un punto di vista geografico.

III. TERZO MOTIVO SULLA QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 101 TFUE E DELL'ART. 2527, CO. 2, C.C.

Erroneamente l'Autorità avrebbe ritenuto la ricorrenza di intese verticali sanzionabili, atteso che gli accordi tra piccole e medie imprese sono esclusi dal campo di applicazione dell'art. 101 del TFUE.

L'Autorità, inoltre, avrebbe affermato la portata anticompetitiva di una norma di legge (l'art. 2527 del codice civile), che disciplina la società cooperativa.

IV. QUARTO MOTIVO SUGLI EFFETTI RESTRITTIVI DELLA CONDOTTA – IL TEST DELIMITIS: VIOLAZIONE E FALSA

APPLICAZIONE DELL'ART. 41 COST. - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO ED ERRONEA VALUTAZIONE DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ - SVIAMENTO DEL POTERE

Il test Delimitis, all'esito del quale l'Autorità ha ritenuto la non contendibilità del mercato, sarebbe stato effettuato sulla base di presupposti di fatto erronei, dedotti da un'analisi statica, anziché dinamica del mercato, che tenesse conto dell'effettivo indice di violazione della clausola di esclusiva.

L'AGCM avrebbe pure mal valutato le conseguenze del recesso, confondendo i costi di uscita dalla società con la perdita dei benefici derivanti dall'appartenenza alla medesima, né avrebbe obiettivamente valutato la semplicità delle modalità di scioglimento del vincolo contrattuale.

Del pari non attendibile, perché basata sulle sole dichiarazioni della denunciante, sarebbe l'affermazione relativa all'impossibilità di Mytaxi di soddisfare tutte le richieste che ad essa pervengono, in parte derivante dalla arbitraria distinzione tra tassisti "*attivi*" e tassisti "*affiliati*", pure derivata dalle allegazioni della segnalante.

L'analisi economica compiuta dalla Autorità, inoltre, si presenterebbe incompleta in quanto non avrebbe rilevato la positiva evoluzione sul mercato di Mytaxi.

L'esistenza di un legame univoco tra clausole di non concorrenza e effetto preclusivo, poi, sarebbe stata affermata nel provvedimento senza tener conto delle obiettive differenze di costi che incidono sui tassisti nel caso in cui aderiscano ad un radiotaxi e nel caso in cui aderiscono a Mytaxi e senza nessuna analisi empirica in ordine alla effettiva appetibilità di tale opzione.

L'Autorità, inoltre, avrebbe erroneamente ritenuto non condivisibili le giustificazioni economiche addotte dalla ricorrente ed avrebbe mal applicato la griglia di analisi codificata nella sentenza Delimitis della Corte di giustizia dell'Unione europea

V. QUINTO MOTIVO SULL' ASSENZA PRESUPPOSTI PER APPLICAZIONE ESENZIONE- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 4 DELLA L. 297/90 E DELL'ART. 101, PAR. 3, TFUE – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE

Il provvedimento presenterebbe una motivazione assertiva nella parte in cui replica ad osservazioni della parte riguardanti la reale portata delle clausole di esclusiva e l'applicabilità del regime di esenzione, limitandosi a riprodurre le conclusioni già indicate nella CRI e senza tener conto di quanto rappresentato dalla ricorrente, in tal modo violando i principi che governano il contraddittorio infraprocedimentale.

VI. SESTO MOTIVO SUL RIGETTO DEGLI IMPEGNI: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 14 TER DELLA L. 287/1990 - DIFETTO DI MOTIVAZIONE – CONTRADDITTORIETÀ

L'Autorità non avrebbe correttamente apprezzato l'idoneità degli impegni proposti dalla parte a rimuovere i profili di illegittimità riscontrati.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e Mytaxi Italia S.r.l., costituite in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2018 l'istanza di sospensione del provvedimento è stata accolta.

All'udienza del 3 aprile 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Prima di passare all'esame delle singole censure occorre considerare che l'intesa sanzionata è stata ritenuta contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La disposizione, al comma 1, stabilisce che *“Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”*.

Nell'ambito degli accordi vietati, gli accordi, o intese, “*verticali*”, quali quelle ritenute sussistenti nel caso in esame, si caratterizzano per il fatto di intervenire fra livelli diversi di una determinata catena produttiva o distributiva.

In considerazione del fatto che gli accordi verticali si prestano a conciliare interessi differenti, riconducibili ai diversi livelli della filiera produttiva, e sono quindi connotati da una meno univoca natura anticompetitiva rispetto alle intese orizzontali, essi impongono all'interprete una valutazione particolarmente penetrante in ordine agli effetti che dispiegano in materia di concorrenza.

Gli accordi verticali, pertanto, vanno valutati alla luce del comma 3 del citato art. 101, che prevede delle ipotesi di esenzione dal divieto.

In materia è pure intervenuto il regolamento UE n. 330/2010 del 20 aprile 2010, “*relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*” il quale, pur contenendo una serie di astratte valutazioni, di liceità o illiceità di accordi verticali, impone sempre una puntuale analisi del contesto economico di riferimento ed una verifica, altrettanto puntuale, degli effetti della pretesa intesa.

Nel caso in esame, come si legge ai paragrafi 211 e 212 del provvedimento, l'Autorità ha ravvisto la ricorrenza di una rete parallela di intese verticali coinvolgenti ciascun professionista e i singoli tassisti associati o affiliati (integrata dalla vigenza, a carico di questi ultimi, di una clausola di non concorrenza), la simultanea operatività delle quali secondo meccanismi simili, come specificato ai paragrafi 288, 289 e 290, avrebbe dato vita a un effetto cumulativo escludente riconducibile, *pro quota*, alle tre società parti del provvedimento.

In sintesi, il provvedimento, rilevata la portata restrittiva delle previsioni statutarie o contrattuali riprodotte del contenuto dell'art. 2527 del codice civile, la cui valenza escludente viene collegata, tra l'altro, alla durata

indeterminata degli obblighi di non concorrenza, individuato il danno concorrenziale nel fatto che i diversi fasci di intese, nel loro complesso, privano gli operatori nuovi entranti, che utilizzano piattaforme aperte, della possibilità di esercitare un'effettiva pressione concorrenziale sugli operatori preesistenti, oltre a riverberarsi sui tassisti e sugli utenti finali del servizio taxi, affermata la non contendibilità del mercato e l'impossibilità di Mytaxi di soddisfare integralmente le richieste di servizi ad essa pervenute, ravvisa l'esistenza di un "*inequivoco*" nesso causale tra le clausole di non concorrenza e l'effetto di preclusione all'attività di penetrazione di Mytaxi.

Venendo all'esame delle censure articolate dalla ricorrente conviene procedere dall'esame delle doglianze di difetto di istruttoria e di motivazione, che, sebbene diversamente declinate nei singoli motivi di doglianza, sono alla base dell'intera prospettazione ricorsuale e con le quali Radiotaxi 3570 ha sostenuto la non ricorrenza, nel caso di specie, di una fattispecie riconducibile ad un fascio di intese verticali rilevante ai sensi dell'art. 101 del Trattato, la sussistenza del quale sarebbe stata ritenuta dall'Autorità senza adempiere agli oneri probatori e logico - ricostruttivi su di essa gravanti in base ai precetti normativi applicabili in materia e all'interpretazione che di quei principi hanno dato la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale.

Le censure sono fondate.

In via generale, e tenuto conto del fatto che le dette censure di difetto di istruttoria e difetto di motivazione permeano l'intero ricorso, occorre rilevare come, dal punto 3 della parte II del provvedimento, emerge come l'attività istruttoria dell'Autorità si sia articolata in accertamenti ispettivi presso le sedi delle società, esame di informazioni, deduzioni e memorie prodotte dalle parti nel corso del procedimento, audizione dei rappresentanti di altro radiotaxi operante nel Comune di Roma, richiesta e acquisizione di informazioni a Roma servizi per la mobilità s.r.l. e acquisizione di un parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Anche in dipendenza del tipo di corredo probatorio raccolto, il provvedimento presenta numerosi snodi motivazionali dalla struttura assertiva o, ancora, affermazioni, che pur ricollegate ad una logica argomentativa articolata, partono da assunti non dimostrati o risultano desunti, in più punti, da dati forniti dalla denunciante.

Il dato appare evidente già nella parte di provvedimento dedicata alla definizione del mercato del prodotto, che risulta affidata ad affermazioni e asserzioni e non correlata ad alcuna analisi empirica (cfr. paragrafi da 200 a 208, che non richiamano alcuna evidenza probatoria in punto di sostituibilità, ma si limitano a confrontare le argomentazioni proposte dalle parti nel corso del procedimento).

In mancanza di un accertamento istruttorio puntuale e documentato in ordine alle ragioni di propensione per le chiamate via app e per le chiamate tramite radiotaxi da parte dei passeggeri e in assenza di accertamenti sul concreto articolarsi (cumulativo o alternativo) della domanda stessa, l'affermata sostituibilità del servizio fornito dai radiotaxi con quello fornito dalle app appare sostanzialmente assertiva (sulla necessità di una puntuale analisi in punto di intercambiabilità dei prodotti, al fine di definire il mercato rilevante sulla base dell'effettiva concorrenza tra prodotti, cfr. da ultimo Corte di Giustizia, sentenza del 23/01/2018, n. 179).

Il provvedimento, inoltre, pur avendovi fatto cenno, non ha tenuto nel debito conto il fatto che quello preso in esame è un mercato caratterizzato da una doppia fonte di domanda del servizio di smistamento chiamate, costituita da un lato dai passeggeri e da un lato dai tassisti e tale per cui la domanda riconducibile ai primi produce effetti e orienta la domanda riconducibile ai secondi.

La detta omissione ha compromesso, quantomeno da un punto di vista procedurale, la valutazione operata dall'Autorità in punto di sostituibilità dei prodotti e dei servizi dal lato della domanda.

La problematicità della definizione di mercato del prodotto risulta, infine, confermata dalla mancata considerazione, in punto di effetti della pratica, del trend di crescita che ha connotato l'attività della denunciante fin dal suo ingresso nel mercato.

Medesime criticità la delibera presenta, come sostenuto nel quarto motivo di ricorso, in relazione alla affermata non contendibilità del mercato.

E infatti il provvedimento, dopo aver rilevato che nel comune di Roma ci sono 7.690 tassisti, di cui 2.800 circa non aderenti ai tre radiotaxi parti del procedimento, afferma, senza analisi in ordine all'eventuale *turn over* da una cooperativa all'altra, la stabilità della quota di tassisti riferibili a ciascuna parte del provvedimento (paragrafo 237), ritenendo poi, sempre sulla base di valutazione meramente deduttive, che i tassisti indipendenti, pari appunto a circa 2.800 operatori, non siano contendibili da Mytaxi (paragrafo 241).

Nell'ambito del medesimo argomento, poi, il provvedimento ritiene l'irrilevanza dell'indice di violazione della clausola di esclusiva, rappresentata dalle parti, sulla base della mera prospettazione dei dati forniti dalla denunciante.

Sul punto l'AGCM, con tecnica motivazionale replicata in altre parti della delibera, sembra non considerare come la generale necessità di dare atto, nel testo del provvedimento definitivo, delle ragioni di non condivisione delle osservazioni formulate dalle parti in corso di procedimento, risulta rafforzata, nei procedimenti sanzionatori in materia Antitrust, per i quali opera un rafforzamento delle garanzie di legalità e delle prerogative partecipative e procedurali dei destinatari dell'atto (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

La prospettazione di parte ricorrente va condivisa pure dove rileva come al fine di affermare la non contendibilità del mercato - escludendo la valenza esimente, in ordine alla durata indeterminata del vincolo, della possibilità di recesso - il provvedimento pone erroneamente su uno stesso piano le conseguenze che i contratti associativi collegano all'esercizio del diritto

potestativo di scioglimento volontario del vincolo contrattuale e la perdita, da parte degli ex associati, dei benefici derivanti da economie di rete.

Tale perdita, infatti, non può essere considerata una “*sanzione*” per la rottura del vincolo contrattuale, ma costituisce una conseguenza legale, connessa al reciproco venir meno di diritti e obblighi.

Del pari significativo dell’approccio istruttorio e motivazionale del provvedimento è il fatto che la nozione di tassisti “*affiliati*” e tassisti “*attivi*”, mutuata dalla prospettazione della denunciante, sia stata utilizzata quale dato istruttorio anche in ordine all’incidenza numerica del fenomeno.

Ancora, in relazione alla ritenuta ricorrenza di un nesso causale tra le condotte delle imprese e l’effetto di chiusura del mercato, il provvedimento adotta una tecnica argomentativa assertiva laddove esclude ogni possibile incidenza della politica dei costi di Mytaxi sul basso indice di affiliazione, così che l’affermazione resta affidata ad una ritenuta superiorità delle piattaforme aperte ovvero a ragioni che in tale assunto trovano la loro premessa logica o, ancora, a ragionamenti ipotetici (paragrafi da 262 a 266).

Errori procedurali, tali da compromettere gli esiti dell’istruttoria, emergono anche in punto di esecuzione del test Delimitis, che ripropone asserzioni in punto di non contendibilità del mercato e non considera il turn over tra i diversi operatori del settore.

Va del pari condivisa la contestata carenza istruttoria e motivazionale in punto di ricorrenza del nesso eziologico tra clausole di esclusiva ed effetto preclusivo.

I paragrafi da 264 a 266, a ciò dedicati, non menzionano infatti riferimenti ad accertamenti istruttori che supportino le affermazioni rassegnate e la reiezione della prospettazione delle parti del procedimento in ordine alle spiegazioni alternative lecite alla mancata espansione di Mytaxi secondo le aspettative della medesima è avvenuta sulla base di affermazioni spesso apodittiche o, al più, meramente argomentative, ma prive di richiami ad emergenze empiriche, ciò che non era consentito dalla specifica tipologia di

intesa in esame (verticale e “*per effetto*”), per la quale, come sopra rilevato, le norme e la giurisprudenza comunitaria richiedono un particolare approfondimento dell’analisi economica.

La generale carenza istruttoria che ha connotato il procedimento, consistita in via prevalente nell’elaborazione di dati forniti dalle parti e, in significativa quantità, dalla denunciante, la mancanza di un’analisi strutturale chiara dello stesso accordo anticompetitivo e la presenza, in punti nevralgici della motivazione, di affermazioni apodittiche depone, conclusivamente, nel senso che l’Autorità non sia riuscita a ricostruire l’intera fattispecie nei termini della necessaria congruenza narrativa, né sia stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese, tra cui la ricorrente (cfr. TAR Lazio, Roma, 24 aprile 2018, n. 4478).

Il ricorso va pertanto accolto, nei limiti di interesse della ricorrente, con assorbimento di ogni altra censura.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento impugnato nei limiti di interesse della ricorrente.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l’intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Roberta Cicchese

Carminc Volpc

IL SEGRETARIO